

---

# LA OBTENCIÓN DE MUESTRAS BIOLÓGICAS PARA EL ANÁLISIS DE ADN. PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES AL RESPECTO

---

CARMEN GARCÍA MARTÍNEZ

Magistrada del Juzgado de Instrucción núm. 18 de Barcelona

---

Desde que la técnica del ADN se ha utilizado como instrumento en el proceso penal no ha estado exento de polémica. Con las diferentes iniciativas legislativas, como la LO 10/2007, de 8 de octubre, de bases de datos policiales de identificadores obtenidos a partir del ADN, esta polémica no ha minorado sino que se ha intensificado.

Para abordar las facultades policiales en relación a la toma de muestras, esencialmente las procedentes del cuerpo del sospechoso, hay que partir de la premisa que la opinión mayoritaria en la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional es que la obtención de material genético, aunque sea a través de un simple frotis bucal, constituye una intervención corporal y afecta a la intimidad personal.

El presente artículo da idea de la complejidad de esta cuestión, dando un repaso a la regulación legal y a varios pronunciamientos jurisprudenciales.

*With different legislatives initiatives, such as the act (Ley Orgánica) 10/2007, 8th October on Police Data Base regulation concerning samples obtained by DNA, the controversial on that field, which was already a bone of contention, has become stronger.*

*The main issue on that topic is that any genetic material obtainment from a sample, even unidentified bodies, implies an intervention on a body and, thus, an intrusion in personal privacy. This is so, since, from the High Court and the Constitutional Court, the jurisprudence considers any the police action on taking DNA samples as above mentioned.*

*The article helps to understand such complexity regarding the legal framework.*

---

## 1. INTRODUCCIÓN

Desde que la técnica del ADN se ha utilizado como instrumento en el ámbito del proceso penal no ha estado exenta de polémica. Polémica que las sucesivas iniciativas legislativas, como la publicación de la LO 10/2007, de 8 de octubre, de bases de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN no ha minorado, todo lo contrario. La polémica se ha avivado porque la Ley no ha dado solución a muchas cuestiones y a juicio de muchos ha supuesto un giro sustancial en relación a los principios que habían inspirado la reforma de la LECr. del año 2003, LO 15/2003 de 25 de noviembre que no olvidemos fue consecuencia de una doctrina constitucional que urgía insistentemente de un amodorrado legislador la regulación de las intervenciones corporales en el ámbito del proceso penal.

Aunque no esta en mi ánimo aburrirles necesito remontarme al inicio de la regulación legal en materia de intervenciones corporales para tratar de explicar por qué hoy, tras casi una década de regulación nos seguimos preguntando «¿qué pasa con ese frotis bucal que a todos nos trae de cabeza?» siendo como es un acto tan inocuo.

Me decía hace unos días un fiscal del Tribunal Supremo (en adelante, TS) que el tema del ADN, específicamente en cuanto al consentimiento de los detenidos y la necesidad o no de letrado para su prestación, ha tomado un pulso extraño en el TS y también fuera del Tribunal. Me consta. También, y lo conoce la coordinadora, en la Comisión Nacional del ADN.<sup>1</sup> Y también me consta ha enrarecido las relaciones entre el Instituto Nacional de Toxicología e IMELEC con los laboratorios de policía científica, aquí en relación a bases de datos e intercambios de perfiles. Y la Junta de Jueces de Barcelona se ha dirigido a la Comisión Provincial de Policía Judicial exponiendo su opinión discrepante en relación a los protocolos policiales en materia de obtención de muestras, escrito que se ha dirigido a su vez a la Comisión Nacional del ADN.

La prueba de ADN es una herramienta de tal utilidad que ya hay quien habla de ella como la «prueba reina» del proceso penal. Como tal no sólo ha «destronado» a la tradicional prueba reina, la identificación a través de la rueda de reconocimiento, sino que incluso ha puesto en cuestión el valor que haya que darse a esta clase de identificación, dando así en cierta manera la razón a aquellas teorías de la psicología del testimonio que argumentaban que la ansiedad y estrés al que se ven sometidos los testigos visuales de determinados hechos delictivos les hacen mas vulnerables a la hora de percibir, recordar y describir tanto los detalles del suceso como los de su autor. Para destacar la importancia del ADN en la investigación criminal de determinados delitos basta con recordar en nuestra jurisprudencia, como botón de muestra, las STS 789/1997, de 23 de mayo y la reciente 792/2009, de 16 de julio, estimatorias ambas de recursos de revisión contra sentencias que condenaban a elevadas penas de prisión por delitos de violación y en las que la prueba esencial de cargo lo constituyó el reconocimiento en rueda de la víctima y en el segundo supuesto también el reconocimiento de voz. El ADN descartó la autoría.

Con el justificado fin de una mejor persecución de los autores de delitos graves las policías necesitan disponer de la mayor información posible, y de bases de datos para compartirla, en este caso de sujetos inscritos e identificados. Es una verdad. Y en un Estado de derecho toda la prueba que pretenda enervar la presunción de inocencia ha de ser obtenida y aportada al proceso penal con todas las garantías exigidas por al Ley. Ambos propósitos han de estar conciliados.

Para abordar las facultades policiales en relación a toma de muestras, esencialmente las que proceden del cuerpo del sospechoso, necesito partir de la siguiente premisa y es la de que el parecer mayoritario en nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia, ya sea la del TS ya sea la del Tribunal Constitucional, es

---

1. Entre sus funciones está la elaboración y aprobación de los protocolos técnicos oficiales sobre la obtención, conservación y análisis de las muestras.

que *la obtención de material genético siquiera sea a través de un simple frotis bucal, constituye una intervención corporal y afecta a la intimidad personal*. ¿Por qué? Porque incide en la facultad que cada uno tiene de revelar o no determinados aspectos personales de su vida privada y en qué forma o momento desea o no hacerlo. También alguna opinión minoritaria hay al respecto, y así el fiscal TS Jaime Moreno Verdejo dice que «la intimidad personal sólo se verá afectada cuando lo que se autoriza sea el conocimiento de extremos innecesarios para la investigación penal».

Y así, afectación a derechos fundamentales, también lo ha entendido el legislador español (el propio creador de la Ley de bases de datos policial). Ejemplo, Exposición de Motivos de la Ley de 2007:

Finalmente, debe recalcar que en la redacción de la presente Ley, como no podría ser de otra manera, se han tenido en cuenta los criterios que, sobre la protección de los derechos fundamentales en la obtención de pruebas a partir de los perfiles de ADN, ha venido conformando el Tribunal Constitucional en diversas Sentencias como la 207/1996, de 16 de diciembre.

No toda la Ley del 2007 tiene carácter de orgánica, la mayoría de sus preceptos son ley ordinaria, pero sí tiene carácter orgánico la disposición adicional 3<sup>a</sup> precisamente la que faculta a la policía judicial para la toma de muestras:

Para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3, la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito. La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Y leyes orgánicas son las relacionadas con derechos fundamentales.

Y qué decir tiene el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Permítanme que les muestre un pequeño apartado de una importantísima STEDH de 4 de diciembre de 2008, sentencia S y Marper contra Reino Unido, que ya les anticipo supuso un varapalo al sistema de conservación indefinida huellas dactilares, muestras biológicas y perfiles de ADN de personas no condenadas. Destacó el Tribunal en su argumentación que:

[...] las muestras celulares contienen mucha información sensible de la persona, incluyendo datos sobre su salud y sobre cuestiones familiares, vinculados al código genético contenido en dichas muestras. Por tanto, debido al carácter y cantidad de dicha información personal contenida en las muestras celulares, su conservación constituye en sí misma una lesión del derecho al respeto a la vida privada de las personas concernidas. [...] Poco importa que las autoridades extraigan o utilicen solo una pequeña parte de tal información para la creación de perfiles de ADN y no se produzca un perjuicio inmediato en un caso concreto. [...] En cuanto a los perfiles de ADN cierto es que contienen menos

información personal que las muestras celulares de que se extraen, que esta se archiva «codificada», por lo que se requiere tecnología informática que la pueda descifrar, y que sólo pueden acceder a ella un número restringido de personas; sin embargo, contiene también una cantidad de información personal nada desdeñable, a través de la cual se pueden realizar investigaciones familiares que eventualmente descubrirían vínculos genéticos entre sujetos, o incluso deducir el origen étnico de una persona.

Hago aquí un parentesis para decirles que un conocido forense de Barcelona, una autoridad en ADN, el doctor Orós, hace pocos días ya me hablaba de que esa distinción entre ADN codificante<sup>2</sup> y no codificante que hoy todos empleamos, muchas veces sin saber lo que significa, es una terminología obsoleta. Todo el ADN codifica. Ese ADN no codificante (también llamado chatarra, basura, *junk*) puede llegar a convertirse en codificante en la medida en que se conozca la secuencia completa del genoma humano.

Comprenderán que he introducido esa alusión al TEDH y al comentario del doctor Orós porque en cualquier momento me iban a alegar que de las muestras recogidas sólo se obtiene y sólo se inscribe ese ADN no codificante.

Y concluyo esta especie de introducción recordándoles que en esa reforma de la LECr. que ya no verá la luz, y que daba respuesta a alguna de las interesantes cuestiones que aquí nos ocupan (consentimiento, fuerza, letrado) el legislador calificaba el frotis bucal, la obtención de saliva, como intervención corporal leve.

## 2. REGULACIÓN LEGAL DE LAS INTERVENCIONES CORPORALES

La posibilidad de utilizar en nuestro proceso penal los análisis periciales de muestras o vestigios que contengan ADN constituye, sin duda, un gran avance en la investigación de determinados delitos, sobre todo en aquellos que atacan contra la vida y la libertad sexual. Pero no obstante la trascendencia de los marcadores genéticos en las investigaciones criminales y, a diferencia de lo que acontece en países de nuestra órbita, el legislador español no abordó de forma clara y expresa la práctica de actuaciones sobre el cuerpo humano hasta el año 2003, reforma LO 15/2003. Supone la introducción de dos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: el art. 326.3 que señala:

Quando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el juez de instrucción adoptará u ordenará a la policía judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia o examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282.

---

2. Codificante: es el responsable de la creación de las proteínas que dan lugar a los rasgos tipos de los individuos (fenotipos).

Y, para lograr la mejor identificación del sospechoso, y siempre que concurran razones que lo justifiquen, la reforma autoriza también al juez instructor para que pueda obtener las muestras biológicas del «sospechoso» que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN (art. 363.2). Ahora bien, tal decisión deberá ser objeto de una *resolución motivada* para determinar los actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los *principios de proporcionalidad y razonabilidad*. (¡Muchos son los requisitos!)

Se ha roto, por fin, el silencio del legislador en este campo singular de la investigación criminal corporal. Se ha venido a colmar el vacío legal denunciado hasta aquí, por las polémicas y trascendentales respuestas dadas hasta ahora tanto por el TS como por el Tribunal Constitucional (STC 37/1989, 207/1996). Coincidentes a la hora de exigir esta reserva legal, previsión legal específica, para poder legítimamente decidir sobre la limitación del contenido de derechos constitucionales, como no podía ser de otra forma. Puesto que generalmente gozan constitucionalmente de tal protección de reserva legal.

El claro punto de inflexión en esta materia se produjo sin duda alguna con la STC 207/1996, aún cuando antes el TC vino adelantando esa posterior línea jurisprudencial en la STC 37/1989. Posiblemente ambas resoluciones tuvieron como antecedentes situaciones desafortunadas desde el punto de vista de la instrucción del proceso penal, pero han de ser leídas e interpretadas en toda su extensión, atendiendo al supuesto concreto en ellas contemplado, y la carencia de cobertura legal de la época, y sin tratar de extraer de ellas ideas generalizadas a propósito de que con ellas se proscriba la intervención corporal sin consentimiento o la imposición coactiva de la medida. En el primer caso, STC 37/1989, se pretendía examinar la matriz de la mujer, para comprobar si había abortado, y en este caso, descubrir la comisión del correspondiente delito. Esto es, no existía previamente la constatación de que el delito se había cometido. Simplemente había sido hallada una ficha con sus datos personales en el registro de una clínica sospechosa de practicar abortos. Y, en el segundo caso, STC 207/1996 se pretendería afeitar el vello de las axilas de un oficial de la Guardia Civil, para verificar si era o no drogadicto, para confirmar en este caso la sospecha de haber podido dar algún trato de favor a una banda de traficantes objeto de la persecución judicial, en la investigación de un delito contra la salud pública.

Han sido, por tanto, dos ejemplos desdichados de inoportunidad para el empleo de diligencias de intervención corporal. En el primer caso, no existía constancia de la comisión del delito (diligencia de prospección). Y en el segundo, el sujeto pasivo de la medida no era sospechoso del delito investigado y se pretendía saber datos de su intimidad personal, carentes de juicio de reproche jurídico-penal, pero con graves consecuencias para su actividad profesional (diligencia innecesaria). De ahí que el Tribunal Constitucional tenga que realizar por vía de generalizaciones reflexivas en torno a la posible juridicidad de la medida –*obiter dictum*– una serie de consideraciones válidas del posible respaldo del juzgador constitucional a este tipo de pruebas; aunque por vía de su notoria inoportunidad al caso –*ratio decidendi*– y la falta de cobertura legal tuviera que otorgar su amparo en ambos

casos, para anular las decisiones judiciales que las habían acordado.<sup>3</sup> Pues no olvidemos lo que dice la resolución:

No cabe entender que la extracción de cabellos de diferentes partes de la cabeza y del pelo de las axilas a realizar por el médico forense para su posterior análisis suponga, ni por su finalidad ni por la manera de llevarse a la práctica, un trato inhumano o degradante contrario al art. 15 CE, graves calificativos que, según doctrina reiterada de este Tribunal, hay que reservar para aquellos tratos que impliquen «padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre» (SSTC 120/1990, 137/1990 y 57/1994).

Extensión del amparo en la 37/1989:

De lo anterior se sigue, como es notorio, la incompatibilidad en cuanto a su forma, tanto de la resolución impugnada, como de la que en su cumplimiento se dictó, con el derecho fundamental de la actora a que su intimidad personal no fuese afectada sino con las garantías que quedan reseñadas, lo que impone la concesión, en cuanto a este extremo, del amparo solicitado, preservando así a la demandante frente a cualquier ejecución de la medida aquí examinada, ejecución a la que en otro caso podría ser compelida mediante la advertencia de las consecuencias sancionatorias que pueden seguirse de su negativa o de la valoración que de ésta quepa hacer en relación con los indicios ya existentes, pero no, claro está, en ningún caso, mediante el empleo de la fuerza física, que sería en este supuesto degradante e incompatible con la prohibición contenida en el art. 15 de la Constitución (sometimiento coactivo).

La necesidad de cobertura legal para la práctica de la intervención corporal venía también establecida por:

*a) Art. 8 Convenio europeo de derechos humanos*

1. Toda persona tiene el derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley, y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o la moral o la protección de los derechos y libertades de los demás.

*b) Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

Exigencia de previsión legislativa para todas las intromisiones en el derecho a la vida privada y familiar.

---

3. Algún autor habló con sarcasmo y a propósito de la 207 de «la protección capilar que proporciona esta sentencia».

c) *Recomendación N° R (92) del Consejo Europa*

Sobre el uso de los análisis de ADN en el marco del sistema de justicia criminal, destaca la idea de fomentar la iniciativa legislativa de los Estados miembros en pos de establecer normativas legales al respecto.

Permítanme detenerme unos minutos en esta citada STC 207/1996 por dos cuestiones, una, porque fija los requisitos que ha de presidir cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales y, dos, porque *ha sido trascendental a la hora de legitimar la actuación policial para la práctica de intervenciones que afectan a la intimidad personal*.

En cuanto a lo primero para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones:

a) Si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad);

b) Si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad), y

c) Si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (*juicio de proporcionalidad* en sentido estricto).

Por lo que respecta a la posibilidad de que la policía interfiera esos derechos, señalar que toda la doctrina constitucional en materia de derechos fundamentales incide, en primer lugar, en la necesidad de determinar ante qué tipo de derecho fundamental nos encontramos para, a continuación, determinar quién y cómo y en qué circunstancias puede interferir o restringirlo. Distinto es el tratamiento si estamos ante el derecho a la intimidad (art. 18.1CE) que ante el domicilio o comunicaciones (18.2 y 3 CE), pues aunque cualquier restricción de los mismos es aconsejable se haga por resolución judicial, en materia de intimidad no existe reserva constitucional a favor del juez, como se desprende de la lectura del precepto constitucional. Y por tanto, en determinadas ocasiones puede la policía afectar dichos derechos, en situaciones de urgencia y necesidad, con estricto respeto a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, y siempre que exista previsión o habilitación legal que ampare la afectación. Recordemos lo que dice el TC (STC 207/1996 F3<sup>a</sup>):

Esta misma exigencia de monopolio jurisdiccional en la limitación de los derechos fundamentales resulta pues aplicable a aquellas diligencias que supongan una intervención corporal, sin excluir, ello no obstante,<sup>4</sup> que la Ley pueda autorizar a la policía judicial para disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, la práctica de actos que comporten una simple inspección o reconocimiento o, incluso, una intervención corporal leve siempre y cuando se observen en su práctica los requisitos dimanantes de los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

4. Debido precisamente a esa falta de reserva constitucional en favor del juez.

En relación a prácticas limitativas del derecho a la intimidad señala (STC 37/1989):

[...] sólo es posible por decisión judicial aunque sin descartar que en determinados casos y con la conveniente habilitación legislativa (que en tal caso no se daba) tales actuaciones pudieran ser dispuestas por la policía judicial.

En definitiva no existe en la Constitución en relación a las inspecciones o intervenciones corporales, en cuanto afectantes a la intimidad y a la integridad física, reserva absoluta de resolución judicial, y la Ley puede autorizar a la policía judicial para disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, la práctica de actos que comportan una simple intervención sin afección grave y se observen los requisitos dimanantes de los principios de proporcionalidad y racionalidad.

Finalmente la regulación legal se completa con la promulgación de la LO 10/2007, de 8 de octubre, de bases de datos policiales de identificadores obtenidos a partir del ADN, que, como he citado en la introducción, su disposición adicional 3ª tiene carácter de orgánica.

### 3. RECOGIDA DE HUELLAS O VESTIGIOS DEL DELITO

Me referiré a la posibilidad de recoger de diferentes lugares –no del cuerpo del inculcado– los vestigios o huellas que el delito haya podido dejar. Las que se encuentran en el lugar de los hechos y que al pertenecer al acusado evidencian su participación.<sup>5</sup> También las muestras que no pertenecen al acusado sino a la víctima, que se localizan en objetos del acusado demostrando así su participación.<sup>6</sup>

Esta fase de recogida de huellas o vestigios es vital, no en vano y como tendrán ocasión de comprobar, es la más cuestionada por las defensas. Es determinante para su valoración como prueba lícita en el plenario que esta recogida se lleve a efecto con todas las garantías de autenticidad, integridad, fiabilidad y máxima preservación. Estas garantías cobran especial interés cuando se trata de vestigios biológicos que por su naturaleza están sometidos a un importante riesgo de contaminación, de ahí lo esencial de que se realice por personal especializado y de forma que se garantice absolutamente lo que se ha llamado «cadena de custodia de la muestra», es decir la identidad entre la muestra recogida y la analizada. Y la policía científica cuenta con una amplia preparación y conocimientos científicos en materia de genética forense para llevar a cabo este cometido.

---

5. STS 24 febrero 1995, semen en el zapato de la víctima; STS 23 mayo 1997, en su pantalón; STS 13 mayo 1998, células epiteliales del acusado en cápsula conteniendo droga que escondió en dependencias policiales tras expulsarla; STS 14 abril 1997, colilla en cubo de agua en casa de la víctima, etc.

6. STS 31 octubre 1998, sangre de la víctima que coincide con la hallada en la suela de las botas del acusado; STS 28 enero 1998, restos de sangre de la víctima en la navaja ocupada en casa del acusado, etc.

¿Por qué ha dado lugar esta fase a tanta polémica en los Tribunales?

*Porque la regulación legal en la materia y una interpretación inicial muy estricta cuestionaba si la recogida de efectos, instrumentos y pruebas del delito podía hacerse sin intervención judicial, sobre todo cuando no mediaban razones de urgencia o necesidad, así como se cuestionaba los análisis realizados sin previa resolución judicial.*

Podemos hablar de tres períodos, el derivado de la reforma de 2003, el consolidado tras el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 31 de enero de 2006 y finalmente el derivado de la disposición adicional 3ª de la Ley de base de datos policial de 2007, que por lo menos ha clarificado la cuestión en materia de muestras externas.

### 3.1 REGULACIÓN LEGAL DE LA RECOGIDA

El artículo 282 LECr. expresamente faculta a la policía judicial para «recoger los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial» (concordante con el art. 11 de la Ley de cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado).

Dispone el artículo 326.3 LECr. que cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el juez de instrucción adoptará u ordenará a la policía judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia o examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282.

El artículo 363.1 LECr. dispone que los juzgados y tribunales ordenarán la práctica de los análisis químicos únicamente en los casos en que consideren absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial.

Consecuencia de esta regulación, la posición jurisprudencial hasta el año 2005 era la siguiente:

a) Si hubiere peligro de su desaparición la policía judicial podrá directamente por sí recoger todos los instrumentos o pruebas del delito y las pondrá posteriormente a disposición del juez. La intervención del juez en tal caso se produce a posteriori.

b) Si no existiere dicho riesgo de desaparición la competencia para su recogida corresponde exclusivamente al juez, quien podrá en cuanto a la ejecución proceder por sí u ordenarlo a la policía judicial o al médico forense. En este último caso siempre debe existir intervención judicial ya sea en la propia recogida o en la autorización previa de la misma.

Sin embargo, y pese a los resultados tan espectaculares que está ofreciendo en los últimos tiempos esta prueba, como ya se adelantó, existen Sentencias contradictorias sobre la validez de las pruebas periciales de ADN, especialmente en lo que respecta a la recogida de las muestras biológicas del sospechoso por la policía sin la previa autorización judicial. Y sin mediar razones de urgencia o necesidad.

Los hechos similares que dieron lugar a dos pronunciamientos contrarios de la Sala 2ª del TS son, en resumen, los siguientes: en ambos supuestos los acusados, tras cubrirse el rostro con una capucha para evitar ser reconocidos, procedieron en un caso a la quema de un autobús urbano y en el otro a la explosión de un artefacto situado en un cajero automático de una sucursal bancaria. En la huida, ambos sujetos abandonaron las capuchas empleadas, que fueron recogidas por los agentes de la Ertzaintza al efectuar el acta de inspección ocular del lugar del hecho y sus proximidades. En ambas prendas se encontraron restos biológicos a los que se practicó una prueba de ADN (obteniéndose una muestra dubitada). Con posterioridad, detenidos los sujetos por su implicación en la realización de actos de la llamada *kale borroka*, y estando en los calabozos de una comisaría de la Ertzaintza, en un caso uno arrojó un esputo al suelo de la celda y el otro al salir de la misma. Tales restos biológicos fueron recogidos con un hisopo por agentes de la Ertzaintza y enviados a la policía científica que, tras el correspondiente análisis de ADN (muestra indubitada), pudieron determinar, en ambos casos, la coincidencia con los perfiles genéticos hallados en las prendas anteriormente descritas. Mediante esta prueba pericial se pudo acreditar la participación de ambos sujetos en cada uno de los anteriores hechos, siendo condenados por la Audiencia Nacional por delitos de daños terroristas.

En la primera de las sentencias (STS 501/2005, de 19 de abril), la Sala de lo Penal del TS consideró que la prueba indubitada (la del sospechoso) así obtenida había vulnerado el derecho fundamental al proceso con todas las garantías y, en consecuencia, estimó ilícita la citada prueba pericial de ADN, declarando la absolución del procesado, por vulnerarse asimismo su derecho a la presunción de inocencia. Sin embargo, y poco después, la misma Sala (STS 1311/2005, de 14 de octubre) se pronunció en sentido totalmente opuesto, al considerar que, en la obtención de la fuente de prueba (la muestra indubitada), no se vulneró derecho fundamental alguno y, por tanto, la prueba pericial de ADN en este caso fue considerada lícita para fundamentar la sentencia condenatoria. La disparidad de los anteriores pronunciamientos estriba en considerar que para la toma de dichas muestras sea necesario o no contar con la previa autorización judicial.

Así, en el primer caso, se estima que la práctica de este tipo de actuaciones, es decir, la recogida de muestras indubitadas para la práctica del ADN, corresponde «en exclusiva» a la autoridad judicial, negando así valor probatorio al análisis genético practicado sobre una muestra obtenida por la Policía, sin acreditarse las razones de urgencia que pudieran avalar dicha actuación policial. Llegando incluso a matizar que, «aún en la citada hipótesis de que realmente hubiera existido una razón de urgencia en la actuación policial al recoger la muestra biológica de la celda que ocupaba el acusado, nos encontraríamos ante una prueba ilícita al no existir resolución judicial alguna que ordenara o autorizara la prueba pericial de ADN sobre la mencionada muestra biológica». En definitiva, como señala la citada STS de 19 de abril de 2005, «al haber faltado esa resolución judicial que ordenara la práctica de la mencionada pericial, hubo un defecto de orden procesal que convierte en prueba ilícitamente obtenida la de ADN con que se condenó al acusado».

Sin embargo, en el segundo caso, la STS de 14 de octubre del mismo año aborda de nuevo la obtención de la fuente de prueba (muestra indubitada) por la policía sin la previa autorización judicial, descartando rotundamente la vulneración de derechos fundamentales. Así, se centra en destacar que la muestra biológica obtenida no fue extraída del cuerpo del sospechoso, sino recogida del suelo. Por ello, expone que:

No nos encontramos ante la obtención de muestras corporales realizada de forma directa sobre el sospechoso, sino ante la toma subrepticia de los restos de un esputo que el acusado arrojó cuando salía de una de las celdas de la Comisaría y que fue recogido por la policía. En estos casos no entra en juego la doctrina consolidada de la necesaria intervención judicial para autorizar, en determinados casos, una posible intervención banal y no agresiva.

En conclusión, «los restos de saliva escupidos se convierten así en un objeto procedente del cuerpo del sospechoso pero obtenido de forma totalmente inesperada». Y, en lo que respecta al problema de la autenticidad de la muestra biológica, si bien el recurrente no lo discute, la Sala Segunda argumenta que los protocolos de obtención de la fuente de prueba se ajustaron a las previsiones establecidas.

Ante la contradicción existente entre las mencionadas sentencias sobre la prueba de ADN, el Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS, de 31 de enero de 2006, adoptó el siguiente Acuerdo:

La policía judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial.

Consecuencia de dicho Acuerdo es la Sentencia del TS de 14 de febrero de 2006, en que, ante hechos similares,<sup>7</sup> y ante las quejas de los recurrentes sobre supuestas irregularidades detectadas en la recogida de las muestras y posterior análisis de ADN, deja claras una serie de cuestiones al respecto, que merecen ser destacadas. En primer lugar, respecto a que no existió consentimiento de los afectados en la recogida de la colilla arrojada por ellos, la Sala 2ª fundamenta que:

*Ni la autoridad judicial ni la policial que investiga a sus órdenes ha de pedir permiso a un ciudadano para cumplir con sus obligaciones. Cosa distinta es que el fluido biológico deba obtenerse de su propio cuerpo o invadiendo otros derechos fundamentales, que haría precisa la autorización judicial». Por ello establece que «una colilla arrojada por los recurrentes se convierte en *res nullius* y por ende accesible a la fuerza policial sí puede constituir un instrumento de investigación de los delitos.*

7. Coincidencia del ADN encontrado en los restos biológicos hallados en algunas prendas abandonadas en las proximidades del lugar del delito con la huella genética de las colillas arrojadas por los recurrentes y recogidas por la policía.

Posteriormente, y en lo referente a la necesidad de iniciativa judicial en la práctica de la prueba como condición de licitud o validez de la misma, el TS –basándose tanto en la reforma del art. 326 LECr. como en el citado Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda– respalda la actuación policial con los siguientes argumentos:

La intervención del juez, salvo en supuestos de afectación de derechos fundamentales, no debe impedir la posibilidad de actuación de la policía en el ámbito de la investigación y averiguación de los delitos, en los que posee espacios de actuación autónoma.

Y, en lo que respecta a la competencia para la recogida y posterior análisis de ADN de las muestras indubitadas sin necesidad de intervención judicial, manifiesta que:

La competencia la tendrá tanto el juez como la policía, dada su obligación común de investigar y descubrir delitos y delincuentes.

Asimismo, la Sentencia que venimos comentando, si bien estima oportuno realizar una interpretación flexible de las facultades atribuidas a la policía, recoge una serie de medidas de garantía que deberían adoptarse para la autenticidad de la diligencia, siendo el orden preferencial el siguiente:

- a) El juez de instrucción en los casos normales.
- b) En supuestos de peligro de desaparición de la prueba, también la policía judicial en atención a la remisión que el art. 326 hace al art. 282 LECr.
- c) Para aquellos supuestos en los que, sin ordenarlo el juez y sin existir riesgo de desaparición o pérdida de la prueba, la policía procede a la recogida de la muestra conforme a sus protocolos y documenta la diligencia, poniéndola en conocimiento del juez y aportando a la causa sus resultados, concluye que «en estos casos nos hallaríamos ante una infracción procesal, que no viciaría de nulidad la diligencia, sin perjuicio de la devaluación garantista de autenticidad provocada por el déficit formal, que podría llegar hasta la descalificación total de la pericia si la cadena de custodia no ofrece ninguna garantía». En definitiva, en este supuesto –garantizada la cadena de custodia– al TS no le ofrece la menor duda que la muestra recogida pertenece a la persona vigilada, y que los perfiles genéticos se corresponden con los hallados en las muestras dubitadas intervenidas en el lugar de los hechos delictivos. En consecuencia, acaba determinando que «la prueba es válida y eficaz para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia».

Estos sólidos argumentos son recogidos y aplicados por otras sentencias posteriores.

Finalmente, dando acogida a este criterio jurisprudencial, y como se ha dicho más arriba, la disposición adicional tercera de la Ley de bases del 2007 ha establecido que, para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3, la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito. Este primer apartado pocas dudas ofrece ya en cuanto a facultades policiales de recogida de muestras biológicas externas al cuerpo del sospechoso.

#### 4. LA CADENA DE CUSTODIA

El Anteproyecto de la LECr., en su capítulo V, sobre las investigaciones mediante marcadores de ADN, recoge en cuanto a toma de muestras:

*Artículo 262. Toma de muestras*

3. En todo caso, la recogida de las sustancias, objetos o elementos a las que se refiere este capítulo se sujetará a las siguientes reglas:

- a) Serán efectuadas por dos facultativos que se identificarán en el atestado.
- b) Se extenderá un acta de constancia tanto del objeto de que se trate como de su ubicación.
- c) Se indicarán los precintos y las medidas de seguridad que se han tomado para asegurar la autenticidad de la muestra.
- d) Se dejará constancia de la traza seguida por la muestra y de la identidad de todas las personas que hayan estado en contacto con la misma.
- e) Siempre que sea posible, la documentación de la intervención de la muestra se completará con la obtención de fotografías.

4. La ejecución de la diligencia de obtención de las muestras será encomendada al personal técnico de la Policía Judicial especialista en recogida de huellas o de material genético, al médico forense o a otros expertos cualificados en la recogida de material biológico.

#### 5. ARGUCIAS

La argucia es empleada no para obtener el consentimiento, sino para conseguir la muestra sin necesidad de intervención corporal. Un ejemplo clásico, en el ámbito de las pruebas lofoscópicas, consiste en dejar a disposición del sospechoso un objeto tratado con reactivos que recojan sus huellas. Otro ejemplo, ya antes señalado, ofrecer un cigarrillo para luego recoger la colilla y obtener de ella el perfil de ADN. Las sentencias del TS de 21 de junio de 1993, 20 de diciembre de 1996 o 3 de marzo de 2000 parecen permitir ese tipo de estrategias o argucias, tesis que, por otra parte, concuerda con algunas declaraciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: sentencia de 5 de febrero de 2002 (caso *Conka vBélgica*). STS 1027/2010 de 25 de noviembre.

#### 6. TOMA DE MUESTRAS BIOLÓGICAS DEL SOSPECHOSO, DETENIDO O IMPUTADO QUE REQUIEREN INTERVENCIÓN CORPORAL. EL FROTIS BUCAL

Como ya se ha dicho, la disposición adicional 3ª de la Ley 2007 dispone que para la investigación de los delitos enumerados en el artículo 3.1.a), la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito. Asimismo dispone que la toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin

consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la LECr.

Son varios los problemas derivados de la prestación de consentimiento por el afectado para que le sea tomada la muestra con destino a la base de datos: ¿ha de recabarse necesariamente por el juez?, ¿es necesaria la asistencia letrada para otorgarlo?, ¿puede considerarse libre el consentimiento en determinados ambientes o ante ciertas circunstancias objetivamente intimidatorias (requerimiento policial)? Las respuestas dadas por los tribunales no son seguras y la reforma no ha venido apenas a regular nada de estos extremos, aunque otorga a la policía la posibilidad de recabar ese consentimiento y, si se obtiene, tomar la muestra para su inclusión en la base. A esta inseguridad hay que añadir otro ingrediente: no todo pronunciamiento de interés en esta materia accede al TS que en cualquier momento pudiera, a los efectos de clarificar la cuestión y proporcionar al sistema la necesaria seguridad jurídica, convocar un pleno jurisdiccional o no jurisdiccional, como hizo en 2006 a propósito de muestras abandonadas por el sospechoso. Las sentencias dictadas por los juzgados de lo penal, cuya competencia se extiende al enjuiciamiento de delitos castigados con pena de hasta cinco años de prisión sólo son recurribles ante la Audiencia Provincial y no acceden al TS. Ya se pueden hacer una idea de la multitud de criterios que pueden dimanar de tanto órgano enjuiciador, tantos como salas de lo penal existan en las diversas audiencias provinciales de todo el Estado.

¿Qué dicen los tribunales al respecto, a propósito de la intervención de letrado y a propósito del consentimiento de los detenidos?

## 6.1 PRONUNCIAMIENTO DE LOS TRIBUNALES SOBRE LA INTERVENCIÓN DE LETRADO Y EL CONSENTIMIENTO DE LOS DETENIDOS

### 6.1.1 STS 2461/2001, de 18 de diciembre

No cabe la menor duda que los análisis de ADN constituyen una prueba fiable que, en caso positivo, permite establecer la identidad del autor del delito con unos márgenes de error prácticamente despreciables en el estado actual de la técnica. Tampoco ha de caber duda alguna acerca de que se trata de una diligencia de investigación que, practicada correctamente, puede convertirse en un medio válido de prueba. Ello explica que *no siempre se realice sobre la persona de los imputados, sino que es precisamente el resultado del análisis lo que puede dar lugar a esa imputación. Lo que siempre será exigible es que al prestar el consentimiento se conozca la finalidad de la actuación que se autoriza.*

En este caso, el recurrente, detenido por una agresión sexual, es *requerido para que autorice una extracción de saliva* para determinar la posible autoría de los hechos por los que ha sido denunciado. Sabe, por ello, que la finalidad de la extracción se relaciona con una investigación criminal y además *está asistido de Letrado*, sin que ni uno ni otro se opongan en modo alguno, por lo que no puede decirse que hayan sido sorprendidos en su buena fe. No parece, por lo tanto, que se hayan infringido sus

derechos aunque en ese momento no hubiera sido imputado formalmente por unos hechos, respecto de los cuales, la extracción de saliva constituía en ese momento, una diligencia de investigación.

### 6.1.2 STS 940/2007, de 7 de noviembre

La Audiencia Provincial de Madrid condenó por agresión sexual. El recurso de la defensa argumentaba que la toma de muestras por parte de la Guardia Civil estando el condenado detenido y en el transcurso de una entrada y registro, se había realizado sin intérprete y sin letrado. Dice el TS:

En principio, ha de reconocerse la razón que asiste a la parte recurrente en cuanto se refiere a la posibilidad de asesoramiento de Letrado -dada su condición de detenido- para prestar su consentimiento para la obtención de muestras biológicas (v. art. 520, por todas, STC de 3 de abril de 2001 y *STS de 16 de mayo de 2000 [RJ 2000, 5202]*), relativas al consentimiento para la práctica de la diligencia de entrada y registro en el domicilio, que sientan una doctrina aplicable lógicamente al consentimiento para la obtención de dichas muestras), y, en buena medida, la relativa a la asistencia de intérprete [v. art. 520.2, e) LECr].

Añadiendo:

No procede la estimación de este motivo con la pretensión con que lo ha formulado la parte recurrente (que «se declare la nulidad de todo lo actuado desde el momento en que se produjo la vulneración de derechos fundamentales»), pues, en principio, *la única consecuencia derivada de la vulneración constitucional en la obtención de algún medio probatorio no puede ser otra que la exclusión de dicha prueba del acervo probatorio de la causa*, cosa que -como hemos dicho-, en el presente caso, carecía de relevancia en cuanto *el Tribunal dispuso de una prueba de cargo regularmente obtenida* y con entidad suficiente para poder enervar el derecho del acusado a la presunción de inocencia, al margen de la prueba cuestionada.<sup>8</sup>

### 6.1.3 STS 685/2010, de 7 de julio

La sentencia de la Audiencia Nacional condenó por transporte de sustancias incendiarias y daños terroristas. El TS no estima el recurso porque lo que cuestionaba la defensa no era la toma de muestras indubitadas a los condenados sino la recogida del material donde se encontraron las muestras dubitadas que tras el correspondiente cotejo les identificaron. Pero en esta sentencia el TS hace unas generalizaciones reflexivas (*obiter dictum versus ratio decidendi*) a propósito del régimen jurídico de la toma de muestras: indica que hallándose

8. Saliva de la víctima en la almohada.

el sujeto detenido será precisa la asistencia letrada para el consentimiento del detenido a prestar la muestra y, en segundo lugar, niega la posibilidad de empleo de fuerza para ejecutar la orden judicial de toma de muestras si el sujeto se negare a colaborar:

De acuerdo con su contenido –señala la sentencia– resultará indispensable distinguir varios supuestos claramente diferenciados.

a) En primer lugar, cuando se trate de la recogida de huellas, vestigios o restos biológicos abandonados en el lugar del delito, la Policía Judicial, por propia iniciativa, podrá recoger tales signos, describiéndolos y adoptando las prevenciones necesarias para su conservación y puesta a disposición judicial. A la misma conclusión habrá de llegarse respecto de las muestras que pudiendo pertenecer a la víctima se hallaren localizadas en objetos personales del acusado.

b) Cuando, por el contrario, se trate de muestras y fluidos cuya obtención requiera un acto de intervención corporal y, por tanto, la colaboración del imputado, el consentimiento de éste actuará como verdadera fuente de legitimación de la injerencia estatal que representa la toma de tales muestras.

En estos casos, *si el imputado se hallare detenido, ese consentimiento precisará la asistencia letrada. Esta garantía no será exigible, aun detenido, cuando la toma de muestras se obtenga, no a partir de un acto de intervención que reclame el consentimiento del afectado, sino valiéndose de restos o excrecencias abandonadas por el propio imputado.*

c) En aquellas ocasiones en que la policía no cuente con la colaboración del acusado o éste niegue su consentimiento para la práctica de los actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten precisos para la obtención de las muestras, será indispensable la autorización judicial. Esta resolución habilitante no podrá legitimar la práctica de actos violentos o de compulsión personal, sometida a una reserva legal explícita –hoy por hoy, inexistente– que legitime la intervención, sin que pueda entenderse que la cláusula abierta prevista en el artículo 549.1.c) de la LOPJ, colma la exigencia constitucional impuesta para el sacrificio de los derechos afectados».

#### 6.1.4 STS 17 de marzo de 2010

La Audiencia Provincial de Madrid condena a elevadas penas de prisión por delito de abuso sexual. Dice el TS:

La defensa considera que esta prueba ha sido ilegalmente obtenida, dado que del acta del folio 180 no surge que haya sido informado de la finalidad con la que se obtuvo la muestra que luego sirvió para el análisis del ADN y no se realizó en presencia del Defensor. La cuestión carece de relevancia para la resolución del caso, pues aunque se admitiera la impugnación del recurrente la prueba que hemos examinado en el apretado anterior sería suficiente para sostener la condena impuesta.

El condenado admitía la presencia de la niña en el domicilio.

### 6.1.5 STS 353/2011 de 9 de mayo

La Audiencia Provincial de Madrid condena por agresión sexual. La defensa alega que los elementos biológicos obtenidos como indubitados en la persona del acusado lo fueron de manera ilícita, el consentimiento se prestó sin los requisitos de previa información ni asistencia de letrado, por lo que tal medio probatorio debe excluirse a los efectos de enervar la presunción de inocencia. Dice el Supremo:

Muy al contrario, examinando el informe pericial emitido y las actuaciones policiales que dan cuenta de la detención del acusado, se observa que aquellas muestras biológicas del mismo fueron obtenidas de una prenda del acusado ocupada en el momento de la detención practicada con ocasión de la imputación a éste de un delito de lesiones a otra persona en un momento muy posterior a los hechos aquí juzgados.

No consta que la práctica del frotis bucal fuera realizado antes de la diligencia que recoge la voluntad de no declarar el acusado, en presencia de Letrado e intérprete, pese a que en la diligencia antes citada del atestado no se hace constar la fecha y hora de la recogida de muestras para examen biológico.

Y concluye afirmando:

En consecuencia no cabe estimar que concurriera ni, desde luego, un uso violento de fuerza para obtener la muestra en el frotis bucal ni, tampoco, que el consentimiento dado a esos efectos no fuera precedido de *la exigible información y asistencia de Letrado*.

### 6.1.6 STS 717/2008 de 12 de noviembre

La sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial de Granada es de diciembre de 2007, recién entrada en vigor la Ley 2007, quizás por ese motivo no se alude a ella ni en el texto ni en el recurso. Aquí la defensa argumentaba que la recogida de muestras se había realizado sin el auto judicial al que alude el art. 363 LECr. El Supremo desestima y dice textualmente:

[...] que el consentimiento del detenido en dependencias policiales se prestó de modo regular y libre por *cuanto contaba con asistencia de intérprete y de letrado, con lo que su validez queda fuera de toda duda*.

### 6.1.7 Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga 16/2010, de 10 de junio

Esta sentencia absuelve al acusado. Veamos un fragmento de la argumentación.

En el presente caso, el examen de los autos (folios 42 y 46 a 50) pone de manifiesto que la toma de muestras biológicas del cuerpo del procesado se hizo estando éste

detenido, que no existió una resolución judicial que así lo acordase motivadamente, como resulta preceptivo a tenor de lo dispuesto en el artículo 363 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que *dicha diligencia se practicó sin la presencia de su abogado y sin informarle del alcance y consecuencias de la toma de las muestras, y además sin la asistencia de intérprete*, cuando sin embargo en las demás diligencias, esto es, tanto en su declaración ante la Policía como ante el Juzgado fue necesaria la intervención de intérprete. De todo lo que se colige que la diligencia de tomas de muestras sobre el cuerpo del procesado se hizo sin respetar los derechos fundamentales que a éste asisten, *por lo que ha de reputarse nula y sin efecto jurídico alguno* la prueba pericial derivada de ello, a tenor de lo dispuesto en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

### 6.1.8 Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 26 de mayo de 2003

En este caso se absuelve al condenado recurrente:

[...] la práctica de dicha extracción en la persona del acusado no requería la asistencia letrada.

[...] En cuanto a la nulidad de dicha prueba por causa de no haber sido informado verbalmente el acusado de sus derechos en relación con la misma, de su fin real ni de las posibles consecuencias incriminatorias, hay que señalar [...]: la prueba de extracción de saliva en cuanto a su sometimiento, requiere el conocimiento por el afectado de los derechos de defensa anteriormente a su realización y de las consecuencias tanto positivas como negativas que puede comportar la realización de dicha prueba, dado que, como en el caso de la confesión judicial, podría constituir un acto procesal del que puede resultar la incriminación del mismo.

### 6.1.9 STS 880/2011 de 26 de julio y STS 680/2011 de 22 de junio

En ocasiones la identificación del autor de un hecho delictivo se basa única y exclusivamente en el perfil genético obrante en la base de datos y obtenido en el transcurso de una detención anterior por hecho delictivo distinto. La defensa alegaba que la obtención de la muestra indubitada en el transcurso de aquella otra detención se había obtenido de manera irregular, consentimiento no libre y sin letrado. En sendos recursos de casación el TS se pronuncia sobre la cuestión:

[...] no habiéndose planteado durante la instrucción sumarial la cuestión que ahora se suscita en relación con la falta de voluntariedad o el modo en cómo llegó a la base de datos las referidas muestras indubitadas, encontrándonos, pues, fuera del momento procesalmente hábil para suscribir tal cuestión.

Estos pronunciamientos no clarifican la cuestión porque en cualquier momento la defensa sí puede cuestionar esa obtención realizada con ocasión de otros hechos. Así ha ocurrido en un procedimiento investigado por una de sus unidades, la URI Les Corts, que ha dado lugar a una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de marzo de 2011.<sup>9</sup>

#### 6.1.10 Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz 57/2006, de 18 de abril

Se pronuncia en relación a la toma de muestras por el funcionario policial.

*¿Qué carácter y eficacia tendría la toma de muestras obtenida por la Policía con el consentimiento del sujeto objeto de la misma?*

*Entendemos que en el mejor de los supuestos y para que pudiera valorarse con eficacia incriminatoria requeriría de la presencia de Letrado en el momento de la toma de la muestra y de una previa puesta en conocimiento de manera clara y concluyente de que el resultado de la misma pudiera incriminarle en la realización y ejecución de determinados hechos presuntamente delictivos.*

Si ello no ocurre y tal como parece inferirse del contenido del acuerdo no jurisdiccional de 13-7-2005 de la Sala 2ª del TS ¿Es suficiente la autorización judicial para extraer muestras para un análisis de ADN a una persona detenida a la que no se informa de su derecho a no autoinculparse y que carece de asistencia letrada?

El art. 778.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal constituye habilitación legal suficiente para la práctica de dicha diligencia, la prueba carecería de eficacia incriminatoria, puesto que se requeriría la autorización judicial.

*Bajo estos presupuestos aún habiendo accedido voluntariamente a la realización de un frotis bucal, dado que no consta se le haya advertido de su derecho a no autoinculparse, es decir no constando se le haya informado de manera clara y concluyente de las consecuencias que se pudieran derivar en su contra del resultado de dichas muestras y por consiguiente está asimismo afectado su consentimiento de un vicio de nulidad careciendo de asistencia letrada en ese momento (se le recibe declaración como detenido el día 15 de marzo de 2004 en presencia del Letrado Sr. Morillo Montero de Espinosa y sin embargo la toma de la muestra corporal se le realiza ese mismo día pero a las 20.30 horas) considera la Sala que dicha obtención y realización del frotis bucal para poder haber tenido eficacia incriminatoria hubiera precisado de la necesaria autorización judicial; no habiéndose autorizado judicialmente se trata de una prueba irregular y por consiguiente carece de toda virtualidad incriminatoria.*

Siendo esta la única prueba de cargo no procede dictar otra resolución que la absoluta del recurrente.

9. En el momento de elaborar este artículo (noviembre de 2011) el recurso de casación todavía estaba pendiente de resolución.

### 6.1.11 Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 168/2006, de 28 de abril

Caso curioso porque la toma fue realizada en presencia del secretario judicial con ocasión de un registro porque al parecer se había acordado judicialmente a petición de la policía. Al examinar la causa la Audiencia no encontró el auto, estima el recurso y absuelve:

[...] *el consentimiento del detenido a la policía sin estar asistido de letrado es un consentimiento viciado y, por consecuencia, nulo*, extendiéndose esa nulidad al resultado de la diligencia practicada y, por efecto del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a las pruebas derivadas al haber sido obtenida la principal con vulneración constitucional del derecho de defensa (sentencia 516/2005, de 25 de abril). [...] La intervención del Secretario Judicial en la práctica de una diligencia no autorizada judicialmente, no permitía prescindir sin más de la preceptiva asistencia letrada a quien se encontraba detenido.

### 6.1.12 Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 258/2009, de 30 de diciembre

Su pronunciamiento resolvió un recurso de apelación contra una sentencia absolutoria de un juzgado de menores; el que recurría era el propio absuelto y decía que el juzgador no se había pronunciado sobre la vulneración de su intimidad por ilegalidad en la actuación policial por obtener muestras con la finalidad de elaborar el perfil genético del menor e incorporarlo a la base policial de ADN, sin prestar un consentimiento válido, y no proceder a la destrucción de las muestras y la cancelación de los datos al haber recaído sentencia absolutoria. Aunque para el Tribunal sea discutible la presencia del Letrado no lo es que el consentimiento haya de ser un consentimiento informado. Dispone que se proceda a la destrucción de las muestras obtenidas del menor, de sus identificadores de ADN, así como a la cancelación de todos los archivos relacionados con los mismos.

En el presente caso no constan cuáles han sido las circunstancias en que se ha obtenido el consentimiento del menor y, en concreto, ninguna mención existe en las actuaciones a los siguientes aspectos, que este Tribunal considera son fundamentales para dilucidar la legalidad de la actuación:

- 1) Las advertencias que se hicieron al menor antes de prestar el consentimiento.
- 2) Los derechos de los que fue instruido y, en particular, si lo fue de los derechos relacionados con la protección de sus datos personales, con qué alcance y con qué contenido.
- 3) Si teniendo en cuenta su reducida edad, quince años, se le permitió estar asistido por su progenitor o por quien legalmente o de hecho realizase las funciones de guarda; y aunque *resulte más discutible* si, dada su situación de menor privado de libertad, se le permitió contar con la asistencia de un abogado.

Ninguna duda cabe que el consentimiento válidamente prestado constituye una manifestación del ejercicio del titular del derecho a controlar las informaciones que le conciernen, *pero el consentimiento, para ser eficaz, es preciso que sea un consentimiento informado* y es claro que en este caso este Tribunal carece de elementos de juicio para verificar sus condiciones de validez.

A lo anterior se añade que en el caso sometido a nuestra consideración, en el que recayó sentencia absolutoria, concurre la causa de cancelación establecida en el art. 9 LO 10/2007 (RCL 2007, 1843). A pesar de ello, no consta que se haya adoptado medida alguna para garantizar la destrucción de las muestras y la cancelación de los datos, lo que, por sí, conlleva una violación adicional del art. 18.4 CE (RCL 1978, 2836) del recurrente.

#### **6.1.13 Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca 195/2009, de 4 de diciembre, confirmada por la STS 854/2010, de 29 de septiembre**

Se trata del denominado caso Fago. Recoge el criterio del distinto tratamiento si estamos en presencia de sospechosos no detenidos.

[...] ninguna ilicitud apreciamos en la diligencia de toma de saliva del ahora acusado mediante el uso de un hisopo a fin de realizar el oportuno cotejo de ADN. Anselmo, al igual que otras personas, consintió o autorizó tal extracción expresa y voluntariamente y por escrito el día 14 de enero de 2007 -es decir, mucho antes de su detención-, como consta en el documento unido al folio 923 del sumario, en donde aparece su firma. [...] Desde el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 31 de enero de 2006 (como dice el auto de 12-II-2009), el Tribunal Supremo también mantiene que «la Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial», por lo que con igual fundamento puede recoger las muestras que voluntariamente entregue el sospechoso, de la misma manera que la jurisprudencia admite la validez de la entrada y registro en la vivienda del sospechoso no detenido cuando no haya mediado autorización judicial. *El consentimiento no sería válido si el sospechoso estuviera detenido o, sin estarlo, no supiera que la finalidad de la extracción era comprobar su posible participación en un hecho delictivo; mas ni una ni otra circunstancia concurren en el presente caso.*

#### **6.1.14 Auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 38/2007, de 19 de julio**

Validez del consentimiento del detenido sin letrado.

Como consta en las actuaciones, al recurrente al ser detenido se le comunicó la conveniencia de tomarle muestras orgánicas de carácter indubitado consistentes en frotis bucal mediante dos hisopos de algodón, a fin de determinar su perfil genético (ADN) y realizar los estudios comparativos con las muestras relacionadas con el hecho que motiva la detención así como su cotejo con la base de datos de evidencias del CNP, informándole que dicho acto se realiza meramente con fines identificativos, prestando éste su consentimiento libre y espontáneamente.

## 6.2 EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Como ven, creo haber cumplido aquella promesa sobre la sensación de confusión que le quedará al lector tras este aluvión jurisprudencial. Pero en todos estos pronunciamientos no pacíficos acerca de la presencia o no de letrado para la prestación del consentimiento creo que lo que queda claro en todos ellos es la necesidad de que el consentimiento sea informado.

¿Qué entendemos por tal? Lo dice el anteproyecto LECr., que lamentablemente, al menos en esta cuestión, no verá la luz.

### *Artículo 265. Garantías e información*

1) Toda persona que haya de facilitar muestras biológicas para la realización de análisis genético encaminado a obtener los marcadores de ADN, antes de prestar el correspondiente consentimiento será informada de manera comprensible del fin para el que la muestra ha de ser obtenida, de los análisis que han de realizarse sobre ella y de los datos que pretende obtenerse con los mismos.

2) Si se encontrase detenida, podrá prestar el consentimiento sin necesidad de asistencia letrada, siempre que no se utilicen otros medios o instrumentos distintos del frotis bucal.

3) Si se tratase de menores de edad mayores de catorce años o personas con la capacidad de obrar modificada judicialmente sometidos a tutela será preciso su consentimiento informado cuando por sus condiciones de madurez puedan comprender el significado y la finalidad de la diligencia o, en caso contrario, de su representante legal, quien deberá siempre prestar su consentimiento si el menor es de edad igual o inferior a catorce años.

## 7. LA PRUEBA SOBRE GRUPOS DE PERSONAS

La posibilidad de realizar la prueba de ADN, no a una persona que en el transcurso de una investigación adquiere la cualidad de sospechoso, sino a un grupo de personas más o menos amplio que, por pertenecer a determinado colectivo, se ven implicadas en la investigación, suscita serios problemas. El artículo 363 Lecr. sólo recoge, a estos efectos, la referencia a los principios de proporcionalidad y razonabilidad y la mención del sospechoso.

Este tipo de pruebas ya se ha suscitado en nuestro país y ha sido utilizada con más frecuencia en otros países. Entre 1983 y 1986 se produjeron en el condado de Leicestershire (Reino Unido) una serie de violaciones. Analizados los restos de semen, resultaron proceder del mismo individuo. Por la concentración de espermatozoides se dedujo que el autor tendría que tener entre trece y treinta años. Se requirió policialmente a todos los hombres de la zona para que «voluntariamente» se sometieran a una extracción de sangre para el ulterior análisis del ADN. Se llevaron a cabo más de cinco mil análisis. El resultado fue negativo: no había coincidencia entre las muestras analizadas y las halladas en los lugares de comisión de los delitos. Posteriormente se ha suscitado la cuestión en otros países

europeos, en concreto, en Francia y Alemania. En este último, donde existe un intenso debate sobre la cuestión, se aplicó en distintas ocasiones. En un caso de violación y homicidio se tenían igualmente los restos de esperma y en las inmediaciones de la casa había sido visto un vehículo Porsche 944, matriculado en Munich, solicitándose la toma «voluntaria» de setecientos cincuenta varones propietarios de un vehículo de estas características.

Se plantean ante estos «tests masivos» una serie de cuestiones jurídicas de especial trascendencia. El art. 363, mediante la referencia al «sospechoso», impide que pueda adoptarse judicialmente la medida como obligatoria respecto de tales grupos de población. Ahora bien, el juicio de proporcionalidad no siempre ha de ser negativo y ha de descartar la posibilidad de someter a la prueba –incluso obligatoriamente– a un determinado número de personas. Así, cuando el círculo de sospechosos en el caso concreto se vea reducido a un determinado número, individualizados por una serie de características comunes,<sup>10</sup> nada impediría al juez entender que concurre en todos ellos la condición racional de sospechosos y acordar obligatoriamente para ellos la medida, y menos aún impediría admitir la sujeción voluntaria a la prueba de quienes fueran llamados.

De otra parte, relacionado con lo expuesto y en casos de pruebas masivas voluntarias surge la cuestión de la validez del consentimiento por quien decida someterse. Es cuestionable la validez del consentimiento en estos supuestos por dos razones. Primera, la presión social en entornos pequeños hace pensar en un consentimiento posiblemente viciado por presión ambiental en algunos casos. En segundo lugar, porque el perfil genético de un individuo que se prestó al análisis voluntariamente puede no coincidir con el encontrado en el lugar del delito pero sí determinar que se puede tratar de un familiar consanguíneo a él. Nos encontraríamos entonces con lo que en nuestra jurisprudencia se denomina la doctrina de los hallazgos casuales, lo que no plantea dudas acerca de la posibilidad de utilizar tal resultado, como ya se vio, pero siempre que quien se prestó voluntariamente a la prueba haya prestado su consentimiento informado y con conocimiento de que con ello pudiera estar revelando o desvelando la participación criminal de un familiar. Es posible considerar que el sujeto no habría accedido a la prueba si hubiera sido advertido de tales circunstancias o condiciones. Por último, habría que valorar en estos supuestos la falta de consentimiento (art. 416 LECr).

## 8. LA VÍCTIMA

Quizás sería interesante plantearse un archivo de perfiles de víctimas, por posibles hallazgos de su perfil en el entorno de un sospechoso, cuando el de éste no fue encontrado en el escenario del crimen cometido contra aquella víctima.

10. Por ejemplo, individuos de una determinada población de escasos habitantes (caso Fago), de una franja de edad determinada, con un color de pelo determinado, con ciertas características físicas específicas o poco comunes, con una relación directa con la víctima, etc.

Obviamente tales perfiles nunca podrían permitir investigar la participación de las víctimas o sus familiares en infracciones penales.

La víctima tiene una serie de deberes con la Administración de justicia (no puede dejar de comparecer, no puede negarse a declarar o declarar falsamente, etc.), cuyo incumplimiento reporta además consecuencias procesales y en ocasiones incluso de orden penal (art. 463, 32 y 458 –falso testimonio– del CP, entre otros); por ello cabe apoyar la posibilidad de restringir su voluntad, conminándole a un análisis de esta naturaleza, en su deber de colaborar con la Administración de justicia. La solución debe tener en cuenta que la prueba puede resultar decisiva no sólo para lograr la condena de un culpable sino, en ocasiones, para evitar la condena de un inocente.